



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2014

---

## **Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats**

Sethe, Rolf

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich  
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-105925>  
Book Section

Originally published at:

Sethe, Rolf (2014). Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats. In: Sethe, Rolf; Isler, Peter R. Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII. Zürich: Schulthess Verlag, 165-201.

---

**Geschäftsentscheide,  
Expertenrat und  
Verantwortlichkeit  
des Verwaltungsrats**

---

**Rolf Sethe**

Schulthess §



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

---

Herausgeber:  
Rolf Sethe, Peter R. Isler

## Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII

Schulthess § 2014

---

## Inhaltsübersicht

### **Haftung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung für nicht Minder-konforme Vergütungen** 7

*Dr. Peter R. Isler, Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Partner bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich, und  
Dr. Bertrand G. Schott, Rechtsanwalt, Senior Associate bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich*

### **Rahmenbedingungen für die Verantwortlichkeitsklage eines Kleinaktionärs** 39

*PD Dr. Harald Bärtschi, Rechtsanwalt, Privatdozent für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich und Dozent für Finanzmarktrecht an der ZHAW School of Management and Law, Lenz & Staehelin, Zürich*

### **Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen für Kartellverstösse** 135

*Prof. Dr. Andreas Heinemann, Professor für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich, Vizepräsident der Wettbewerbskommission, Vorstandsmitglied Europa Institut an der Universität Zürich*

### **Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats** 165

*Prof. Dr. Rolf Sethe, Rechtsanwalt, Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Konsulent bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich*

### **Konzern und Konzerninteresse aus dem Blickwinkel des Einordnungskonzepts** 203

*Prof. Dr. Peter Bockli, Advokat, em. Professor der Universität Basel, Bockli Bodmer & Partner, Basel*

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2014  
ISBN 978-3-7255-7030-0

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

## Ausgewählte prozessuale Aspekte bei gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen

247

*Prof. Dr. Felix Dasser, Rechtsanwalt, Titularprofessor für Privatrecht, Internationales Privat- und Zivilprozessrecht sowie Privatrechtsvergleichung, Partner bei Homburger AG, Zürich, und*  
*David Roth, Rechtsanwalt, Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Homburger AG, Zürich*

## Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats

Rolf Sethe\*

### Inhalt

I.	Einleitung.....	166
II.	Die richterliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden.....	168
1.	Gründe für die Business Judgement Rule .....	168
2.	Der Streit um die Geltung der Business Judgement Rule .....	170
3.	Business Judgement Rule Schweizer Prägung.....	173
a)	Der Begriff des Geschäftsentscheids .....	173
aa)	Definition des Geschäftsentscheids .....	173
bb)	Fallbeispiele .....	174
cc)	Folgerungen für den Aufbau der Prüfung der Business Judgement Rule.....	175
b)	Ordnungsgemässes Verfahren .....	176
aa)	Auf Grundlage angemessener Informationen .....	176
bb)	Abwägung, formeller Entscheid und Protokoll .....	177
cc)	Frei von Interessenkonflikten .....	178
dd)	Folgerungen für den Aufbau der Prüfung der Business Judgement Rule.....	179
c)	Nachvollziehbarkeit und Vertretbarkeit.....	179
d)	Ordnungsgemässe Umsetzung.....	181
e)	Zwischenfazit .....	181
4.	Schwächen der Business Judgement Rule .....	182
III.	Die Exkulpation durch Beiziehung von Experten .....	185
1.	Vorüberlegungen .....	185
2.	Recht und Pflicht zur Beiziehung von externen Experten .....	187
3.	Rechtsfolgen der Beiziehung eines Experten.....	188
4.	Voraussetzung für eine Exkulpation .....	192
a)	Meinungsstand.....	192
b)	Befugnis zur Einschaltung des Experten .....	193
c)	Auswahl des Experten .....	194
d)	Instruktion des Experten .....	196
e)	Überwachung des Experten .....	198
5.	Alibigutachten .....	199
IV.	Schluss .....	200

\* Der Verfasser dankt Prof. Peter Forstmoser für seine wertvollen Hinweise zu einer früheren Fassung dieses Textes.

# I. Einleitung

Erweisen sich vom Verwaltungsrat getroffene Geschäftsentscheide als unzweckmässig oder gar falsch, stellt sich die Frage der Verantwortlichkeit der Entscheidungsträger. Da man im Nachhinein immer klüger ist,<sup>1</sup> besteht die Gefahr, dass die Rechtsprechung im Verantwortlichkeitsprozess ihre ex post gewonnenen Erkenntnisse zugrunde legt und daraus ein Verschulden der Verwaltungsratsmitglieder ableitet. Im US-amerikanischen Recht versucht man dieser Gefahr mit der sog. Business Judgement Rule zu begegnen, wonach man dem Board of Directors einen Entscheidungsfreiraum zugesteht, sofern der Entscheidungsprozess bestimmten Vorgaben genügt. Das Schweizer Bundesgericht hat schon immer grosse Zurückhaltung bei der Beurteilung von Geschäftsentscheiden an den Tag gelegt und dem Verwaltungsrat einen grossen Ermessensspielraum zugestanden.<sup>2</sup> Ein Teil des Schrifttums leitete hieraus ab, dass die Business Judgement Rule auch in der Schweiz gelte, während die Gegenauffassung dies vehement verneinte. Das Bundesgericht hat nun – nachdem es dies zuvor offen gelassen hatte<sup>3</sup> – die Geltung der Business Judgement Rule bejaht, indem es deren Anwendung durch die

Vorinstanz als nicht zu beanstanden ansah.<sup>4</sup> Dies ist genauer zu beleuchten (nachfolgend II.).

Sehr eng mit der Problematik des Ermessensspielraums des Verwaltungsrats bei Geschäftsentscheiden hängt das zweite im Folgenden aufgegriffene Thema zusammen: Kann sich der Verwaltungsrat in einem Verantwortlichkeitsprozess damit entlasten, er habe sich auf den Rat eines Experten verlassen? Das Bundesgericht hatte dies in der Vergangenheit bereits zu entscheiden,<sup>5</sup> beschränkte sich dabei aber stets auf die Entscheidung des konkreten Sachverhalts und hat keine grundsätzlichen Überlegungen zu dieser Rechtsfrage angestellt.<sup>6</sup> Eben dieses Vorgehen findet sich auch in seinem jüngsten Urteil zu der Thematik, dem „Lorze AG ./ Reishauer Beteiligungen AG“ Entscheid<sup>7</sup> vom November 2012. Hier äussert es sich aber immerhin erst-

<sup>1</sup> Die Psychologie spricht von Rückschaufehlern („hindsight bias“) und beschreibt damit das Phänomen, dass Menschen sich systematisch falsch an ihre früheren Vorhersagen erinnern, sobald sie den Ausgang von Ereignissen erfahren („Ich hab es ja schon immer gesagt ...“). Insbesondere überschätzen sie im Nachhinein die Möglichkeit, dass man das Ereignis hätte voraussehen können, vgl. grundlegend FISCHHOFF BARUCH, Hindsight ≠ foresight: Effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty, *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1 (1975) 3, 288 ff., erneut abgedruckt in: *Quality and Safety in Health Care* 12 (2003), 304 ff.

<sup>2</sup> Vgl. die Nachweise bei GRASS ANDREA R., Business Judgement Rule – Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Diss. Zürich 1998 (= SSHW Band 186), 155 ff.; NIKITINE ALEXANDER, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Diss. Zürich 2007 (= SSHW Band 266), 125 ff.; VON DER CRONE HANS CASPAR, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft, ZSR 2000, 239 ff., 251 FN 33; DERS., Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 78 (2006), 2 ff., 6 FN 30.

<sup>3</sup> BGer 4C.201/2001 vom 19. Juni 2002, E. 2.1.2.

<sup>4</sup> So ausdrücklich BGer 4A\_74/2012 vom 18. Juni 2012, E. 5.1. In der Sache ebenso BGer 4A\_15/2013 vom 11. Juli 2013, E. 6.1; BGer 4A\_97/2013 vom 28. August 2013, E. 5.2; zuvor auch schon BGer 4A\_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.2.4; BGer 4A\_341/2011 vom 21. März 2012, E. 5.1.2; BGE 139 III 24 E. 3.2.

<sup>5</sup> Soweit ersichtlich erstmals im Artella-Entscheid BGE 99 II 179 f. (allerdings ablehnend entschieden). Der Entscheid wurde im Schrifttum stark kritisiert, vgl. BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 13 N 569a FN 1469; FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, N 1194; GRASS (FN 2), 7 ff., 164 ff.; GROSS KURT JEAN, Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 1990, 159; KUNZ RUDOLF, Die Annahmeverantwortung von Mitgliedern des Verwaltungsrates, Diss. St.Gallen 2004 (= SSHW Band 231), 240; milder dagegen VON GREYERZ CHRISTOPH, Rechtsprechung: Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20.02.1973 und Urteil des Bundesgerichts vom 18.09.1973, SAG 46 (1974), 169 f.

<sup>6</sup> Bezeichnend BGer 4A\_267/2008 vom 8. Dezember 2008, in welchem um die Verantwortlichkeit wegen pflichtwidriger Anhebung eines Aberkennungsprozesses gestritten wurde. Das BGer beschränkt sich unter E. 5.6 auf die Aussage: „Es trifft zu, dass allein aus dem Beizug eines Rechtsanwalts nicht in jedem Fall geschlossen werden kann, die Verwaltungsratsmitglieder hätten ihre Pflicht zur sorgfältigen Abwägung der Prozesschancen und zur Prozessvorbereitung hinreichend erfüllt“.

<sup>7</sup> BGE 139 III 24, dazu BRUGGER DANIEL/VON DER CRONE HANS CASPAR, Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden. Bemerkungen zu BGer vom 20. November 2012 (4A\_375/2012), SZW 85 (2013), 178 ff.; HÄNNI LINO, Dommage indirect et intérêt social. Commentaire de l'ATF 139 III 24, GesKR 2013, 274 ff.; KUNZ PETER V., Wann haftet der Verwaltungsrat für verlorene Prozesse?, Jusletter 3. Juni 2013. Die Namen der Parteien sind der Berichterstattung über den Prozess entnommen, vgl. FELBER MARKUS, NZZ vom 12. Januar 2013, 33.

mals, wann die Entlastungswirkung *keinesfalls* Anwendung findet. Dies bietet den Anlass, sich mit dieser Fragestellung grundlegend auseinanderzusetzen (nachfolgend III.).

## II. Die richterliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden

### 1. Gründe für die Business Judgement Rule

Die Führung eines Unternehmens ist ein umfangreicher und komplexer Vorgang. Sie erfordert sehr häufig Geschäftsentscheidungen, die unter Zeitdruck gefällt werden und mit einer Prognoseunsicherheit belastet sind. Zudem ist es stets notwendig, dass das Unternehmen Risiken eingeht. Schraubt man nun die Anforderungen an die Verantwortlichkeit zu hoch, wälzt man faktisch das unternehmerische Risiko auf die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung ab. Es muss ihnen daher erlaubt sein, für den Geschäftserfolg als notwendig angesehene Risiken einzugehen, wenn diese vorher sorgfältig abgewogen wurden. Andernfalls käme dies einer Kausalhaftung für den Unternehmenserfolg gleich. Daher schuldet der Verwaltungsrat nur die sorgfältige Vorbereitung, Evaluation und Umsetzung der Entscheide – nicht aber den Erfolg. Allein der Umstand, dass sich im Nachhinein eine Entscheidung als falsch oder unzweckmässig entpuppt, rechtfertigt noch nicht den Vorwurf einer Pflichtverletzung.<sup>8</sup> Die schweizerischen Gerichte überprüfen unternehmerische Entscheidungen daher auf ihre Vertretbarkeit und nicht auf Zweckmässigkeit. Sie erliegen nicht der Versuchung, das eigene Ermessen an die Stelle desjenigen der Unternehmensleitung zu setzen.<sup>9</sup>

Um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass Manager Entscheide unter Zeitdruck und mit ungewisser Prognose treffen, wurde im US-amerikanischen

Recht die Business Judgement Rule entwickelt, mit der die Sorgfalt bei der Entscheidungsfindung anhand folgender Fragen<sup>10</sup> überprüft wird:

- „Lag ein eigentlicher Geschäftsentscheid vor?
- Waren die am Entscheid beteiligten Directors unbefangen und unabhängig?
- Gingen die Directors bei ihrer Entscheidungsfindung mit gehöriger Sorgfalt vor?
- Handelten die Directors im guten Glauben, dass das, was sie tun, im besten Interesse der Gesellschaft liegt?
- Hielten sich die Directors bei ihrem Entscheid an das ihnen zustehende Ermessen?“

Sofern diese Bedingungen erfüllt sind, findet keine Überprüfung des Inhalts der Entscheidung bzw. eine auf „Irrationality“ beschränkte Kontrolle statt.<sup>11</sup>

Für die Business Judgement Rule sprechen zahlreiche sachliche Gründe.<sup>12</sup>

(1) Werden Entscheidungen im Nachhinein überprüft, besteht die Gefahr von sog. Rückschaufehlern.<sup>13</sup> Menschen überschätzen ex post die Möglichkeit, dass man das (später zu beurteilende) Ereignis hätte voraussehen können. Dadurch kann es zu einer übermässigen Haftung der Mitglieder des Verwal-

<sup>10</sup> FRICK JOACHIM, Die Business Judgement Rule als Beitrag zur Systematisierung des Verantwortlichkeitsrechts, in: VON DER CRONE/WEBER/ZÄCH/ZOBL (Hrsg.), Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich 2003, 509, 513. Siehe auch NIKITINE (FN 2), 105.

<sup>11</sup> NIKITINE (FN 2), 106; HOPT KLAUS J., in: WIEDEMANN/HOPT (Hrsg.), Grosskommentar AktG, 4. Aufl., Berlin, New York 2008, § 93 N 83 m.w.H. zum amerikanischen Recht.

<sup>12</sup> Grundlegend etwa GRASS (FN 2), 33 ff.; NIKITINE (FN 2), 112 ff.; VOGT HANS-UELI/BÄNZIGER MICHAEL, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgement Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 2012, 607 ff., 611 ff.; HOPT (FN 11), § 93 Abs. 1 Satz 2, 4 nF N 8; FLEISCHER HOLGER, in: SPINDLER/STILZ (Hrsg.), AktG, 2. Aufl., München 2010, § 93 N 60.

<sup>13</sup> Vgl. dazu FN 1 sowie In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation 964 A.2d 106, 124 (Del. Ch. 2009); dazu FLEISCHER HOLGER, Finanzmarktkrise und Überwachungsverantwortung von Verwaltungsmitgliedern im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht, RIW 2010, 337, 341.

<sup>8</sup> BÖCKLI (FN 5), § 13 N 582 m.w.H.; FORSTMOSER (FN 5), N 814.

<sup>9</sup> BGE 99 II 62; 117 II 308 = Pra 81 (1992) Nr. 137, 495 f. (beide zur Überprüfung von Ermessensentscheiden der GV); vgl. auch die Nachweise bei NIKITINE (FN 2), 125 ff.; VON DER CRONE, SZW 78 (2006), 2, 6.

tungsrats und der Geschäftsleitung kommen, so dass sie letztlich für einen nicht eingetretenen Erfolg haften. (2) Geschäftsentscheide werden typischerweise unter Unsicherheit und Zeitdruck gefällt, so dass man schon deshalb den Mitgliedern des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung einen grösseren Spielraum zugestehen muss. (3) Sie verfügen in Bezug auf das Unternehmen und dessen Geschäfte über Expertise, die einem Richter fehlt. Daher sollte sich der Richter nicht im Nachhinein in ihre Position versetzen und ihre Entscheide mit seinem insoweit geringeren Know How überprüfen dürfen. (4) Für diese Sichtweise spricht auch der Grundsatz des *judicial self restraint*, wonach Gerichte Ermessensentscheidungen nicht auf ihre Zweckmässigkeit, sondern nur auf Ermessensüberschreitungen und -fehler überprüfen.<sup>14</sup> (5) Ohne das Zugestehen eines Beurteilungsspielraums besteht die Gefahr übertriebener Risikoscheu der Verwaltung oder (6) des Abwanderns der Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung in weniger haftungsträchtige Berufe bzw. (7) der Nichtversicherbarkeit über D&O-Versicherungen.

## 2. Der Streit um die Geltung der Business Judgement Rule

Ob die im US-amerikanischen Recht entwickelte Business Judgement Rule, die in der Sache eine Safe-Harbor-Rule darstellt, mit der nicht die Pflichteninhalte, sondern deren Überprüfung verändert wird (Prüfungsmassstab), im schweizerischen Recht überhaupt oder in modifizierter Form Anwendung findet, ist streitig. Ein Teil des Schrifttums befürwortete die Anwendung

dieser Regel<sup>15</sup> oder zumindest ihre gesetzliche Einführung,<sup>16</sup> da es in der Sache um das prozedural ordnungsgemässe Zustandekommen von Beschlüssen des Verwaltungsrats und deren Begründbarkeit gehe. Die im US-amerikanischen Recht entwickelten Leitfragen werden von den Befürwortern der Business Judgement Rule nicht 1:1 ins schweizerische Recht übertragen, sondern leicht modifiziert. Es werden regelmässig folgende fünf Elemente genannt.<sup>17</sup> Die Entscheidung

- (1) darf nicht gegen zwingende gesetzliche Vorschriften verstossen,
- (2) darf nicht in Widerspruch zum Gesellschaftszweck stehen und muss gutgläubig im Gesellschaftsinteresse getroffen worden sein,
- (3) muss in einem ordnungsgemässen Verfahren verabschiedet worden sein,
- (4) darf nicht durch Interessenkonflikte beeinflusst worden sein und
- (5) muss grundsätzlich nachvollziehbar und sachlich vertretbar sein.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, unterliegt der Geschäftsentscheid nicht mehr einer detaillierten inhaltlichen Prüfung, auch wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass eine andere Entscheidung besser gewesen wäre. Die richterliche Kognition wird eingeschränkt. Der Verwaltungsrat hat dann zwar im

<sup>14</sup> Vgl. etwa BGer 4A\_248/2009 vom 27. Oktober 2009, E. 2.2 (Überprüfung der Beweiswürdigung); BGer 4C.148/2001 vom 6. Juni 2002, E. 4.5 (Überprüfung der Kürzung des Schadenersatzanspruchs wegen Selbstverschuldens).

<sup>15</sup> BERTSCHINGER URS, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, N 188; FRICK (FN 10), 518 ff.; GRASS (FN 2), 1 ff.; DERS., Management-Entscheidungen vor dem Richter – Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Geschäftsentscheiden in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, SZW 72 (2000), 1 ff.; ISLER PETER R., Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates für Strategie-Entscheide, in: WEBER (Hrsg.), Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht, Zürich 2004, 39, 42 ff.; NIKITINE (FN 2), 133 ff.; PÖSCHEL INES/WATTER ROLF, Rechtliche Pflichten und Verantwortung der Führungsorgane, ST 2006, 816, 818; GERICKE DIETER/WALLER STEFAN, in: HONSELL/VOGT/WATTER (Hrsg.), Basler Kommentar OR II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 754 N 31a.

<sup>16</sup> FORSTMOSER PETER, Aufgaben, Organisation und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, ST 2002, 485, 490; GARBARSKI ANDREW M., La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, Diss. Lausanne 2006 (= SSHW Band 247), 131; VON DER CRONE, SZW 78 (2006), 2, 9.

<sup>17</sup> BÖCKLI (FN 5), § 13 N 581 ff.; FORSTMOSER PETER/SPRECHER THOMAS/TÖNDURY GIAN ANDRI, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht – Risiken und ihre Minimierung, Zürich 2005, N 146.



Ergebnis die schlechtere Entscheidung getroffen.<sup>18</sup> Dies ist ihm jedoch nicht als Pflichtverletzung vorzuwerfen, da seine Entscheidung – ex ante betrachtet – auf der Basis der ihm damals zur Verfügung gestandenen Informationen im Rahmen eines ordnungsgemässen Verfahrens getroffen wurde.

Das Bundesgericht hat sich jüngst ausdrücklich zu der Ansicht bekannt, wonach die Business Judgement Rule auch in der Schweiz gilt:

„Die Vorinstanz erwog, die Business Judgement Rule verlange eine grundsätzliche Zurückhaltung in der Überprüfung von Geschäftsentscheiden mit Ermessenscharakter. Sie schütze den Verwaltungsrat in weitem Umfang davor, beim Eingehen vertretbarer unternehmerischer Risiken bei externen Transaktionen, die sich aus Bewertungsfragen und der nicht vollständigen Kontrolle über die extern investierten Mittel ergäben, eine Haftung zu gewärtigen. [...] Das ist nicht zu beanstanden. Das Bundesgericht anerkennt mit der herrschenden Lehre, dass die Gerichte sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen haben, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind.“<sup>19</sup>

Die Gegenansicht lehnte die Geltung, aber auch eine gesetzliche Einführung der Business Judgement Rule ab, denn durch die Rule werde eine Vermutung zugunsten des Gesellschaftsinteresses impliziert, was nicht statthaft sei.<sup>20</sup> Dass sich diese Befürchtung nicht bewahrheitet hat, zeigte jüngst der Reishauer-Entscheid, in dem das Bundesgericht gerade wegen des Verstosses gegen das Gesellschaftsinteresse eine Berufung des Verwaltungsrats auf die ordnungsgemässe Vorbereitung der Entscheidung über die Prozessführung ablehnte.

<sup>18</sup> BÖCKLI (FN 5), § 13 N 586, nennt den Verwaltungsrat „glücklos“.

<sup>19</sup> BGer 4A\_74/2012 vom 18. Juni 2012, E. 5.1.

<sup>20</sup> KUNZ PETER V., Richterliche Handhabung von Aktionärsstreitigkeiten – zu einer Methode für Interessenabwägungen sowie zur „Business Judgment Rule“, in: SCHWEIZER/BURKERT/GASSER (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey, Zürich 2002, 445, 460; DERS., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001, § 6 N 123; kritisch auch BÄRTSCHI HARALD, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001 (= SSHW Band 210), 404 ff.; vermittelnd BÖCKLI (FN 5), § 13 N 581 ff. m.w.H.; KISSLING MISCHA, Der Mehrfachverwaltungsrat, Diss. Zürich 2006, 183 f.

„Entscheidend ist ohnehin nicht allein die Frage, ob die Beschwerdeführer im Vorfeld des Prozesses vor dem Handelsgericht bzw. der Ergreifung von Rechtsmitteln gegen das handelsgerichtliche Urteil hinreichende Abklärungen zu den Erfolgchancen tätigten und sich für ihr Vorgehen auf Fachmeinungen oder eine Minderheitsmeinung eines Handelsrichters stützen konnten. Unter dem Blickwinkel der Treuepflicht nach Art. 717 OR ist ausschlaggebend, ob die Prozessführung im Gesellschaftsinteresse lag oder nicht.“<sup>21</sup>

### 3. Business Judgement Rule Schweizer Prägung

Betrachtet man die Voraussetzungen, die das schweizerische Schrifttum aufstellt, bedürfen diese Elemente einer näheren Untersuchung.

#### a) Der Begriff des Geschäftsentscheids

##### aa) Definition des Geschäftsentscheids

In der Diskussion um die Business Judgement Rule fällt auf, dass es an einer allgemein anerkannten Definition des Geschäftsentscheids fehlt.<sup>22</sup> Zum einen wechseln die Begrifflichkeiten (geschäftliche Entscheide, Managemententscheide, unternehmerische Entscheide etc.), zum anderen legt man nach der Verwendung dieser Begriffe nicht offen, was darunter genau zu verstehen ist. Meines Erachtens liegt ein Geschäftsentscheid – entsprechend der ratio der Business Judgement Rule – nur vor, wenn dem Verwaltungsrat in Bezug auf eine wirtschaftliche Weichenstellung mehrere Handlungsalternativen offen stehen, der Entscheid (oder wesentliche seiner Teile) prognostischen Charakter aufweist und/oder unter Zeitdruck gefällt werden muss. Der Geschäftsentscheid steht damit im Gegensatz zu einer gebundenen Entscheidung, bei der dem Verwaltungsrat gerade kein Auswahlermessen zusteht, sondern das Gesetz oder die Statuten ihn zu einem eindeutigen<sup>23</sup> und bestimmten Han-

<sup>21</sup> BGE 139 III 29 f.

<sup>22</sup> Dies beklagt bereits NIKITINE (FN 2), 164, der den Versuch einer Definition unternimmt.

<sup>23</sup> Ist die Rechtslage dagegen unklar, darf sich der Verwaltungsrat auf den Rat von Experten (im Detail unten, III.) und deren Prognose der wahrscheinlichen Rechts-

deln oder Unterlassen verpflichten. Wenn der Verwaltungsrat gegen eine derartige zwingende Vorgabe verstösst, kann er sich nicht darauf berufen, er habe ein Ermessen ausgeübt.

#### bb) Fallbeispiele

Bei dem in der Praxis häufigsten Fall der Verantwortlichkeit, nämlich der verspäteten Deponierung der Bilanz beim Richter (Art. 725 Abs. 2 OR), muss man wie folgt differenzieren: Sofern der Verwaltungsrat die begründete Besorgnis einer Überschuldung hat oder haben muss, ist er zur Erstellung einer Zwischenbilanz verpflichtet. Das Gesetz lässt ihm hier keinen Spielraum, so dass eine gebundene Entscheidung vorliegt. Ist die Zwischenbilanz erstellt und bestätigt sie die Überschuldung, muss der Richter benachrichtigt werden, es sei denn, es besteht eine konkrete, d.h. realistische und zielführende, Aussicht auf Sanierung.<sup>24</sup> In diesem Fall ist nach herrschender Meinung der Aufschub um vier bis sechs Wochen möglich, um eine Sanierung zu verhandeln.<sup>25</sup> Der Entscheid über den Aufschub hat Prognosecharakter, denn der Verwaltungsrat weiss nicht, ob die Sanierung gelingen wird. Er muss also die Erfolgsaussichten der Sanierungschancen einschätzen.

Analysiert man das Fallmaterial, ist oft fraglich, ob überhaupt ein „Geschäftsentscheid“ i.S.d. Business Judgement Rule vorliegt. So stellt man immer wieder fest, dass der Verwaltungsrat eine Vogel-Strauss-Politik betreibt und die Augen vor dem drohenden Aus der Unternehmung gänzlich verschliesst. Es wird entweder keine Zwischenbilanz erstellt oder es wird zwar eine Bilanz erstellt, aber es fehlt an einem bewussten Entscheid über

lage verlassen; ebenso TWELE MARKUS, Die Haftung des Vorstands für Kartellrechtsverstösse, Baden-Baden 2013, 152 ff.

<sup>24</sup> BGE 132 III 523 E. 4.6 = Pra 96 (2007) Nr. 32; 116 II 533 E. 5a; 108 V 183 E. 2; 76 I 162 E. 3; WÜSTNER HANSPETER, in: HONSELL/VOGT/WATTER (Hrsg.), Basler Kommentar OR II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 725 N 40a; WEBER ROLF H., Schweizerisches Verantwortlichkeitsrecht – Stolpersteine heute, Potentiale morgen, in: WEBER/ISLER (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zürich 2012, 161 ff., 174 m.w.H.

<sup>25</sup> Zu Recht kritisch zu dieser erfahrungsgemäss zu kurzen Frist FORSTMOSER PETER, Der Richter als Krisenmanager? – Überlegungen zu Art. 725 f. OR, in: FORSTMOSER et al. (Hrsg.), Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, 263, 289.

die Frage, ob eine Sanierung versucht wird oder nicht. Im ersten Fall liegt deshalb kein Geschäftsentscheid vor, weil die Erstellung der Zwischenbilanz gesetzliche Pflicht ist, so dass es sich um einen gebundenen Entscheid ohne jeglichen Ermessensspielraum handelt. Im zweiten Fall, bei dem zwar eine Zwischenbilanz erstellt, dann aber trotzdem der Richter nicht benachrichtigt wird, weil man das Scheitern der Unternehmung ignoriert, liegt kein bewusster Entschluss vor, so dass auch dort kein Geschäftsentscheid gegeben ist. In den allermeisten Fällen der Verletzung des Art. 725 Abs. 2 OR kommt also die Business Judgement Rule gar nicht zur Anwendung. Im Ergebnis liegt nur dann, wenn sich der Verwaltungsrat nach Aufstellung der Zwischenbilanz bewusst für eine Sanierung entscheidet und die Bilanz deshalb nicht deponiert wird, ein Geschäftsentscheid vor. Die vom Verwaltungsrat vorgenommene Beurteilung der Sanierungsaussichten wird dann mit den Vorgaben der Business Judgement Rule aus der Perspektive ex ante beurteilt.

Das soeben geschilderte Beispiel zeigt ein Weiteres: Ein Geschäftsentscheid liegt nur vor, wenn der Verwaltungsrat eine bewusste Entscheidung getroffen hat, etwas zu tun oder nicht zu tun. Somit wird eine (nicht auf einer Entscheidung beruhende) Unterlassung nie mit Hilfe der Business Judgement Rule geprüft. Das schlichte Vergessen oder Übersehen ist also hinsichtlich der gerichtlichen Überprüfung nicht privilegiert.

#### cc) Folgerungen für den Aufbau der Prüfung der Business Judgement Rule

Wie aufgezeigt, liegt ein Geschäftsentscheid nur vor, wenn dem Verwaltungsrat ein Ermessen eingeräumt wird, er dieses erkennt und von ihm Gebrauch macht. Damit sind von der Business Judgement Rule alle gebundenen Entscheide ausgenommen. Wenn also Gesetz oder Statuten den Verwaltungsrat zu einem bestimmten Vorgehen verpflichten, steht ihm kein Ermessen zu und folglich findet die Business Judgement Rule keine Anwendung. Vor diesem Hintergrund erweisen sich die Tatbestandsmerkmale, die das schweizerische Schrifttum an die Business Judgement Rule stellt, als ungenau. Das Kriterium (1), wonach die Entscheidung nicht gegen zwingende Vorschriften verstossen darf, ist überflüssig. Auch das Kriterium (2) bedarf der Korrektur. Im Rahmen der Business Judgement Rule wird gerade nicht mehr überprüft, ob der Entscheid gegen den Gesellschaftszweck verstösst, da diese Statuten-

bestimmung ebenfalls zwingend ist. Auch bedarf es keiner separaten Überprüfung, ob das Gesellschaftsinteresse verletzt wird. Diese Frage wird im Rahmen der Vertretbarkeit und Nachvollziehbarkeit eine zentrale Rolle spielen (dazu sogleich).

## b) Ordnungsgemässes Verfahren

### aa) Auf Grundlage angemessener Informationen

Die Anforderung, wonach der Geschäftsentscheid in einem ordnungsgemässen Verfahren verabschiedet worden sein muss, bedingt zunächst, dass die Entscheidung auf Grundlage angemessener Informationen erfolgt sein muss<sup>26</sup> (wozu auch die Einholung von Expertenrat gehören kann, dazu unten, III.). Sofern die Information komplex ist oder weitere Abklärungen erfordert, muss sie den Mitgliedern des Gremiums so rechtzeitig zugehen, dass sie ausreichend Zeit zur Kenntnisnahme bzw. für Abklärungen haben. Dabei ist in Erinnerung zu rufen, dass die Beurteilungsperspektive eine solche ex ante ist. Deshalb kommt es nicht auf die heute vorhandene Information, sondern auf die zum Zeitpunkt der Entscheidung verfügbaren Informationen an.

Erforderlich ist, dass der Verwaltungsrat auf Grundlage *angemessener* Informationen entscheidet. Es kann also nicht darum gehen, bei der Informationsbeschaffung stets Vollständigkeit zu erreichen. Vielmehr ist die notwendige Information in ein angemessenes Verhältnis zur entscheidungserheblichen Frage zu setzen. Ex ante als strategisch eingestufte Entscheide bedürfen daher einer umfassenderen Vorbereitung als solche, die ex ante als unwesentlich erscheinen. Der Informationsbeschaffungsprozess unterliegt mithin seinerseits einem Ermessen, so dass dem Verwaltungsrat auch in Bezug auf die Informationsbeschaffung ein Ermessensspielraum zuzugestehen ist. Es gibt also eine Business Judgement Rule innerhalb der Business Judgement Rule.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> So ausdrücklich BGer 4A\_97/2013 vom 28. August 2013, E. 5.3.

<sup>27</sup> VOGT/BÄNZIGER, GesKR 2012, 617.

### bb) Abwägung, formeller Entscheid und Protokoll

Weiterhin liegt ein ordnungsgemässes Verfahren nur vor, wenn der Verwaltungsrat die *Entscheidungsalternativen diskutiert* und die positiven und negativen Aspekte *abwägt*,<sup>28</sup> was wiederum bedingt, dass er auch die negativen Aspekte zur Kenntnis nimmt. Der dann zu treffende formelle Entscheid muss auf einer *sachlichen Begründung* beruhen. In der Praxis werden diese Details häufig nicht protokolliert, so dass es schwer wird, sie im Streitfall nachzuweisen.<sup>29</sup> Der Verwaltungsrat kann im Übrigen nicht einwenden, dass der Entscheid in jedem Fall auch bei ordnungsgemässem Verfahren genauso getroffen worden wäre:<sup>30</sup>

„Denn durch die eigenmächtige Fällung der Entscheide konnte keine Beratung im Verwaltungsratsgremium stattfinden, das allein für die Abwägung von Chancen und Risiken der streitbetroffenen Investitionen von erheblicher Tragweite zuständig gewesen wäre und allein die Kompetenz gehabt hätte, sich trotz bestehender Risiken für die Geschäfte zu entscheiden. Dies gilt unabhängig davon, dass die Vorinstanz es aufgrund der Mehrheitsverhältnisse im Verwaltungsratsgremium für nicht wahrscheinlich hielt, dass die Investitionen bei einer Beschlussfassung im Gremium unterblieben wären. Denn in der Lehre wird zu Recht darauf hingewiesen, dass die Praxis immer wieder zeige, dass formal korrektes Vorgehen eine disziplinierende Wirkung auf die materiellen Aspekte des Entscheidvorgangs habe, was sich positiv auf die Ergebnisqualität auswirke (Gericke/Waller, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. II, 4. Aufl. 2012, N. 31a zu Art. 754 OR mit Hinweis).“

Aber selbst wenn man den Einwand zulassen wollte, müsste ihn das beklagte Organmitglied beweisen, was kaum gelingen dürfte.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Dies postulierte das BGer zuletzt im Entscheid 4A\_97/2013 vom 28. August 2013, E. 5.2.

<sup>29</sup> BÖCKLI (FN 5), § 13 N 589.

<sup>30</sup> BGer 4A\_97/2013 vom 28. August 2013, E. 5.2.

<sup>31</sup> Eine seltene Ausnahme bildet BGE 119 II 255 E. 4b: Eine Revisionsstelle hatte festgestellte Mängel zu Unrecht nicht im Revisionsbericht erwähnt, weil sie davon ausging, dass sich der Alleinaktionär und einzige Verwaltungsrat davon nicht beeindrucken liess. Das BGer verneinte die Kausalität zwischen dem Fehlverhalten und dem durch verspätete Anmeldung des Konkurses eingetretenen Schaden. Der

cc) *Frei von Interessenkonflikten*

Schliesslich gehört zu einem ordnungsgemässen Verfahren, dass an dem Entscheid keine Person (Mitglied von Verwaltungsrat/Geschäftsleitung oder Experte) mitgewirkt hat, die in Bezug auf den Entscheid einem potentiellen oder tatsächlichen *Interessenkonflikt* unterliegt.<sup>32</sup> Ein solcher Interessenkonflikt ist nur dann gegeben, wenn er eine gewisse Erheblichkeit erreicht. Weiterhin muss die Sache das Organmitglied *unmittelbar* betreffen. Es genügt deshalb nicht, wenn das in die Entscheidung einbezogene Organmitglied meint, bei Alternative A erhalte es mehr erfolgsabhängige Vergütung als bei Alternative B. Ein erfolgsabhängig bezahltes Organmitglied könnte sonst an keiner Entscheidung mehr mitwirken, die sich auch nur entfernt auf den Unternehmensertrag auswirkt. Eine Unmittelbarkeit liegt dagegen vor, wenn das Organmitglied wegen einer Vorbefassung mit der Sache befangen ist oder weil es (oder ihm nahestehende Personen) von einem bestimmten Entscheid *direkt persönlich* profitiert (z.B. Verkauf seines Grundstücks an die Gesellschaft).

In dieser Gestaltung stellt sich die – vor dem Hintergrund des unten untersuchten Themas des Expertenrats spannende – Frage, ob das Organmitglied bei dem Entscheid über das Geschäft in Ausstand treten muss oder ob es ausreicht, eine Fairness Opinion über die Marktkonformität („dealing at arm's length“) einzuholen.<sup>33</sup> (1) Sofern die Gesellschaft über angemessene Regeln zum Umgang mit Interessenkonflikten verfügt, sind diese einzuhalten. Fehlen solche Regeln, ist wie folgt zu differenzieren: (2) Handelt es sich um eine Gesellschaft mit einköpfigem Verwaltungsrat, kann dieser nicht in den Ausstand treten, ohne dass die Gesellschaft führungslos würde. Er muss dann die Frage des „Ob“ und des „Wie“ des Geschäfts der Generalversammlung zur Entscheidung vorlegen<sup>34</sup> und deren Entscheid über das „Wie“ mittels einer

Entscheid steht im Gegensatz zu einem früheren, BGE 86 II 171 E. 2c, bei dem das BGer in vergleichbarer Konstellation die Kausalität noch bejaht hatte.

<sup>32</sup> Dazu jüngst BGer 4A\_15/2013 vom 11. Juli 2013, E. 7.3.2.

<sup>33</sup> VON DER CRONE, ZSR 2000, 239, 244 f., schildert beide Möglichkeiten als gleichwertig.

<sup>34</sup> Bei der AG im Wege der Konsultativabstimmung und bei der GmbH nach den Vorgaben von Art. 811 Abs. 1 OR.

Fairness Opinion vorbereiten, wenn es die Komplexität des Geschäfts oder die Unübersichtlichkeit des relevanten Marktes erfordert. (3) Bei einem mehrköpfigen Gremium ist dagegen die Möglichkeit des Ausstands grundsätzlich gegeben. Sofern das vom Konflikt betroffene Organmitglied über besondere Kenntnisse in Bezug auf die Entscheidung verfügt, darf es an den Beratungen, nicht aber an der Abstimmung teilnehmen.<sup>35</sup> Verfügt es nicht über solche Kenntnisse, muss es in Bezug auf Beratung und Abstimmung in den Ausstand treten. Genügt ein interessenkonfliktbehafteter Entscheid diesen Vorgaben nicht, fehlt es an einem ordnungsgemässen Verfahren.

dd) *Folgerungen für den Aufbau der Prüfung der Business Judgement Rule*

Das Schrifttum<sup>36</sup> sieht die Prüfung, ob der Entscheid auf angemessener Informationsgrundlage erfolgt, als Teil des ordnungsgemässen Verfahrens an. Im Gegensatz dazu wird die Prüfung, ob der Entscheid durch Interessenkonflikte beeinflusst war, als eigenständige Voraussetzung der Business Judgement Rule geprüft. Nach dem Gesagten erscheint diese Unterscheidung nicht sinnvoll, denn das Vorhandensein von Interessenkonflikten beeinträchtigt das ordnungsgemässe Verfahren ebenso wie die mangelhafte Informationsgrundlage.

c) *Nachvollziehbarkeit und Vertretbarkeit*

Das häufig als Vorbild herangezogene Gesellschaftsrecht von Delaware knüpft bei der Überprüfung von Geschäftsentscheiden nicht nur an prozedurale Aspekte an, sondern betrachtet den Entscheid auch inhaltlich. Es wird überprüft, ob er „irrational“ ist, wobei Ausmass und Massstab dieser Kon-

<sup>35</sup> WATTER ROLF/ROTH PELLANDA KATJA, in: HONSELL/VOGT/WATTER (Hrsg.), Basler Kommentar OR II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 717 N 6a m.w.H.; FORSTMOSER PETER, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich 2011, § 11 N 107; HOMBURGER ERIC, in: Zürcher Kommentar OR, Zürich 1997, Art. 717 N 899; so auch die Botschaft zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht vom 21.12.2007, BB1 2007, 1688 zu Art. 717a VE OR 2007.

<sup>36</sup> Siehe die Auflistung der Voraussetzungen der Business Judgement Rule im Text nach FN 17.

trolle nicht abschliessend geklärt sind.<sup>37</sup> Entsprechend dem US-amerikanischen Vorbild entzündete sich hierzulande eine Diskussion darüber, ob eine solche inhaltliche Kontrolle auch im schweizerischen Recht angebracht ist.

So wird verlangt, dass die Verwaltung „in gutem Glauben“ gehandelt haben müsse; gesetzwidrige oder ausserhalb des Gesellschaftszwecks liegende Entscheide seien nicht privilegiert.<sup>38</sup> Die mittlerweile herrschende Meinung geht sogar noch einen Schritt weiter und verlangt, dass der Entscheid aus der Perspektive ex ante inhaltlich nachvollziehbar und sachlich vertretbar sei.<sup>39</sup>

Die Business Judgement Rule weist sicherlich den Vorteil auf, dem Richter fassbarere Kriterien für die Beurteilung der ex ante (!) aufgewendeten Sorgfalt bei der Entscheidungsfindung bzw. bei der Durchführung von Entscheidungsabläufen an die Hand zu geben als es der Wortlaut von Art. 754 OR mit den Kategorien Pflichtwidrigkeit und Verschulden tut. Allerdings gewährt das schweizerische Recht keinerlei Haftungsbefreiung ausschliesslich aufgrund des Umstands, dass eine Entscheidung in einem ordnungsgemässen Verfahren zustande kam. Denn auch ein ordnungsgemäss abgelaufenes Verfahren kann zu einer von vornherein erkennbar sachlich falschen Entscheidung führen. Dies belegt ein Beispiel aus der jüngsten Rechtsprechung:<sup>40</sup>

„Demgegenüber haben sich Gerichte bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind, Zurückhaltung aufzuerlegen (BGE 139 III 24 E. 3.2; Urteile 4A\_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5.1 und 4A\_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 7.2.4). Was konkret die Gewährung von Darlehen anbelangt, so darf ein solches jedenfalls nicht gewährt werden, wenn keine Aussichten auf Rückzahlung mehr gegeben sind.“

Werden die Business Judgement Rule eingehalten, erhöht dies also nur die Wahrscheinlichkeit, dass keine unsorgfältige Entscheidung getroffen wurde,

<sup>37</sup> Aus Platzgründen sei auf die Darstellung bei NIKITINE (FN 2), 145 ff. verwiesen.

<sup>38</sup> GRASS (FN 2), 64 ff., 90 ff., 129 ff.; GRASS, SZW 72 (2000), 1, 8.

<sup>39</sup> BÖCKLI (FN 5), § 13 N 591c ff.; ihm folgend NIKITINE (FN 2), 150 ff.; ISLER (FN 15), 50, 52 ff.; VOGT/BÄNZIGER, GesKR 2012, 615 f.; WEBER (FN 24), 183.

<sup>40</sup> BGer 4A\_15/2013 vom 11. Juli 2013, E. 6.1.

es schliesst aber nicht aus, dass das Ergebnis ex ante sachlich unvertretbar war.<sup>41</sup> Daher ist es überzeugend, auch das Ergebnis der Entscheidung daraufhin zu untersuchen, ob es nicht schlechthin unvernünftig und unvertretbar ist.

#### d) Ordnungsgemässe Umsetzung

Der Verwaltungsrat kann sich selbstverständlich auch dann nicht auf die Business Judgement Rule berufen, wenn er den ordnungsgemäss zustande gekommenen, nachvollziehbaren und vertretbaren Entscheid nicht ordnungsgemäss umsetzt.<sup>42</sup>

#### e) Zwischenfazit

Als Zwischenergebnis kann Folgendes festgehalten werden: Die Business Judgement Rule bewirkt im schweizerischen Recht nicht, dass jede Entscheidung, die auf einem angemessenen Entscheidungsverfahren beruht, auch als den inhaltlichen Anforderungen genügend gilt. Umgekehrt kann es sein, dass eine inhaltlich noch vertretbare Entscheidung auf einem Verfahren beruht, das etwa mit einem Interessenkonflikt behaftet war. Auch in diesem Fall können sich die Beteiligten nicht auf die Business Judgement Rule berufen und der Entscheid unterliegt der vollen gerichtlichen Überprüfung. Der durch die vom Bundesgericht vorgenommene ausdrückliche Anerkennung der Business Judgement Rule erzielte Fortschritt ist gering, da der mit ihr verbundene Prüfungsmassstab bereits vorher im schweizerischen Recht vorhanden war. Zudem bedeutet die Anerkennung der Business Judgement Rule auch nicht, dass man künftig auf eine inhaltliche Überprüfung der Entscheidung verzichtet. Diese wird weiterhin der grobmaschigen Kontrolle der Nachvollziehbarkeit und Vertretbarkeit unterworfen. Letztlich hilft das Schlagwort der „Business Judgement Rule“ also vor allem dabei, dem Richter in Erinnerung zu rufen, dass er sich in die Lage der Entscheidungsträger versetzen muss und zu beurteilen hat, ob die Entscheidung ex ante vertretbar

<sup>41</sup> Vgl. die weiteren Beispiele bei BÖCKLI (FN 5), § 13 N 591 f.

<sup>42</sup> So auch VON DER CRONE, SZW 78 (2006), 2, 9.

und nachvollziehbar war. Zudem werden die Organmitglieder daran erinnert, ihre Entscheidungen in einem ordnungsgemässen Verfahren zu treffen.

Die Prüfung der Business Judgement Rule Schweizer Prägung umfasst die folgenden vier Punkte:

- (1) Es muss sich um einen Geschäftsentscheid handeln.
- (2) Der Entscheid muss in einem ordnungsgemässen Verfahren getroffen worden sein (= auf Basis angemessener Informationen, nach einer Abwägung und frei von Interessenkonflikten).
- (3) Das Ergebnis muss grundsätzlich nachvollziehbar und sachlich vertretbar sein.
- (4) Der in einem ordnungsgemässen Verfahren getroffene und inhaltlich nachvollziehbare und vertretbare Geschäftsentscheid muss ordnungsgemäss umgesetzt werden.

#### 4. Schwächen der Business Judgement Rule

Die vorangegangenen Ausführungen haben gezeigt, dass mit der Anerkennung der Business Judgement Rule durch das Bundesgericht kein Quantensprung im Recht der Verantwortlichkeit verbunden ist. Neben die genannte Schwäche, dass die Business Judgement Rule nicht auf Fälle von reinen Unterlassungen passt, treten weitere Nachteile. So führt sie zu einer Dokumentationsflut, denn aus Sicht des Verwaltungsrats empfiehlt sich vorbeugend eine ausführliche Dokumentation des Entscheidungsprozesses, um in einem allfälligen Verantwortlichkeitsprozess die eigene Sorgfalt belegen zu können.<sup>43</sup>

Die Rule verlangt ein nachvollziehbares Verfahren. Erfahrene Manager treffen Entscheide „aus dem Bauch heraus“.<sup>44</sup> Bei einem solchen Entscheid handelt es sich um ein „Urteil, das (1) rasch im Bewusstsein auftaucht, (2) dessen tiefere Gründe uns nicht vollkommen bewusst sind und das (3)

stark genug ist, um uns danach handeln zu lassen“.<sup>45</sup> Man könnte auch von geballten Erfahrungen sprechen, die in einem spontanen Entscheid kondensieren. Eine solche Intuition ist eine Form unbewusster Intelligenz, die wir nicht in Worte fassen können, die aber – das zeigt die Erfahrung – eine grosse Berechtigung hat. Wir alle vertrauen auf die in der Vergangenheit abgespeicherten Erfahrungen, die wir geballt abrufen, etwa wenn wir neue Menschen kennenlernen und diese uns innert Sekunden sympathisch oder unsympathisch sind. Im Nachhinein erweisen sich diese Einschätzungen überdurchschnittlich oft als zutreffend.<sup>46</sup> Fragt man nun eine intuitiv handelnde Person nach den Gründen für ihr Handeln, kann sie diese gerade nicht artikulieren. Intuition ist nicht das Gegenteil von Rationalität, sondern unbewusste Intelligenz, beruhend auf Erfahrungen und intelligenten Faustregeln. Intuition ist das Ergebnis einer komplexen unbewussten Gewichtung aller entscheidungserheblichen Umstände. Sie eignet sich besonders gut, um mit ungewissen Situationen umzugehen und damit genau für die Entscheide, die Juristen mit der Business Judgement Rule beurteilen.<sup>47</sup>

Die Business Judgement Rule ignoriert diese Erkenntnisse. Dies hat zwei gravierende Folgen: (1) Die weit überwiegende Mehrheit der Manager vertraut auf ihre Intuition und liefert dann eine Begründung lediglich für das Protokoll nach. (2) Weniger mutige Entscheidungsträger werden zu defensiven Entscheidungen verleitet. Man lehnt die beste (durch Intuition gestützte) Option ab, weil man die für sie sprechenden Gründe nicht ausreichend in Worte fassen kann und wählt – um sich abzusichern – die zweit- oder drittbeste allein deshalb, weil für sie eine rationale Erklärung zur Hand ist.<sup>48</sup> Man darf gespannt sein, wann ein Gericht den Mut findet, eine Entscheidung aus dem Bauch heraus als ausreichende Begründung eines Geschäftsentscheids zu akzeptieren. Bis dahin muss man den Mitgliedern von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung in ihrem Interesse dringend raten, Gründe für die Entscheidung nachzuschreiben und im Protokoll zu vermerken.

<sup>43</sup> Statt vieler VON DER CRONE, SZW 78 (2006), 2, 8.

<sup>44</sup> Da solche Entscheide häufig das operative Geschäft betreffen, dürften sie öfter bei Mitgliedern der Geschäftsleitung als bei solchen des Verwaltungsrats anzutreffen sein.

<sup>45</sup> GIGERENZER GERD, Risiko – Wie man die richtigen Entscheidungen trifft, 2. Aufl., München 2013, 143.

<sup>46</sup> Hierzu und zum Folgenden ausführlich GIGERENZER (FN 45), 142 ff.

<sup>47</sup> GIGERENZER (FN 45), 167.

<sup>48</sup> GIGERENZER (FN 45), 152 ff.

Sodann birgt die Business Judgement Rule die Gefahr formalisierter Entscheidungen. Gerade in angelsächsischen Ländern ist zu beobachten, dass man vor Sitzungen Unmengen von Papier produziert, um später eine gut vorbereitete Entscheidung nachweisen zu können.<sup>49</sup> Allerdings werden diese Unterlagen in der Sitzung dann nur noch abgehakt („box ticking“), so dass die Business Judgement Rule gerade keine Garantie für eine vertiefte inhaltliche Erörterung ist.<sup>50</sup>

In dogmatischer Hinsicht noch nicht abschliessend geklärt<sup>51</sup> ist die Frage, ob man die Business Judgement Rule bei der Prüfung der Pflichtwidrigkeit<sup>52</sup> oder des Verschuldens<sup>53</sup> einsetzt oder sie aufspaltet in eine formelle, bei der Pflichtwidrigkeit zu prüfende, Komponente und eine solche beim Verschulden, soweit es um die Nachvollziehbarkeit geht.<sup>54</sup> Dies wiederum hat Folgen für die Beweislast und für die differenzierte Solidarität. Aus Platzgründen kann hierauf nicht näher eingegangen werden.

<sup>49</sup> Vgl. etwa BOHRER ANDREAS, The Financial Crisis Impact – A Strategy for In-house Counsel and Implications for External Counsel, GesKR 2009, 143 ff., 144.

<sup>50</sup> BÖCKLI (FN 5), § 13 N 593; FORSTMOSER, ST 2002, 490 FN 80; MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012, § 16 N 578b; weniger kritisch aber BSK-GERICKE/WALLER (FN 15), Art. 754 N 31a.

<sup>51</sup> Dies bemängelt schon FRICK (FN 10), 519. Generell kritisch zu dieser Debatte BÄRTSCHI (FN 20), 404 f. Anzumerken ist, dass aufgrund des objektivierten Sorgfaltsmassstabs oft nicht ausreichend zwischen beiden Kategorien differenziert wird und auch nicht differenziert werden kann, vgl. FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY (FN 17), N 152.

<sup>52</sup> So etwa WEBER (FN 24), 182 f.; VOGT/BÄNZIGER, GesKR 2012, 614, 627.

<sup>53</sup> BGer 4A\_74/2012 vom 18. Juni 2012, E. 5.3.2 („Verschuldensbeurteilung“).

<sup>54</sup> GRASS (FN 2), 136 ff., 148; ihm folgend NIKITINE (FN 2), 279 ff. Anders der Ansatz bei VON DER CRONE, SZW 78 (2006), 2, 9 m.w.H. und VON DER CRONE HANS CASPAR/CARBONARA ANTONIO/HUNZIKER SILVIA, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung – Ein funktionaler und systematischer Überblick, ZSR Beiheft 43, Basel 2006, 60, die ein (neu zu schaffendes) summarisches Vorverfahren vorschlagen.

### III. Die Exkulpation durch Beiziehung von Experten

#### 1. Vorüberlegungen

Die Frage nach der exkulpierenden Wirkung des Beiziehens von Experten lässt sich nur beantworten, wenn man zuvor einige Überlegungen zu den Anforderungen an Entscheidungen des Verwaltungsrats anstellt. Sowohl bei der Beurteilung der (objektiven) Pflichtverletzung als auch bei der anzulegenden (subjektiven) Sorgfalt gilt ein objektivierter Massstab<sup>55</sup> und nicht nur die Sorgfalt, die man in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.<sup>56</sup> Abgestellt wird auf diejenige Sorgfalt, „die ein gewissenhafter und vernünftiger Mensch desselben Verkehrskreises wie die Verantwortlichen unter den gleichen Umständen als erforderlich ansehen würde“<sup>57</sup>, d.h. es hat der Verantwortliche „für jene Fähigkeiten einzustehen [...], die der Verkehr bei einer Person voraussetzen darf, welche in einer bestimmten Eigenschaft auftritt“.<sup>58</sup>

Abzustellen ist dabei auf das in der Branche übliche Mass (wobei systematische Missstände nicht zu einer Herabsetzung der Sorgfalt führen).<sup>59</sup> Die persönliche Unerfahrenheit oder mangelnde Kenntnisse der branchenüblichen

<sup>55</sup> BGE 112 II 172 ff. E. I. 2c (zu Art. 25 Abs. 2 AFG); BGer 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007, E. 5.6 (insoweit nicht abgedruckt in BGE 133 III 116); BSK-WATTER/ROTH PELLANDA (FN 35), Art. 717 N 5; BSK-GERICKE/WALLER (FN 15), Art. 754 N 32; FORSTMOSER (FN 5), N 292 m.w.H. auch zur älteren Gegenauffassung.

<sup>56</sup> BGE 99 II 176 E. 1 (Artella-Entscheid); 113 II 52 E. 3a; 122 III 195 E. 3a; BGer 4C.201/2001 vom 19. Juni 2002, E. 2.1.1; BGer 4A\_97/2013 vom 28. August 2013, E. 5.1; FORSTMOSER (FN 5), N 301; ISLER PETER, Sorgfalt und Haftung des Verwaltungsrates, in: WEBER (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003, 1, 2; BÖCKLI (FN 5), § 13 N 575; BSK-WATTER/ROTH PELLANDA (FN 35), Art. 717 N 5; a.A. ZK-HOMBURGER (FN 35), Art. 717 N 821 („Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten“).

<sup>57</sup> MEIER-WEHRLI JÖRG, Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff. OR/41 ff. BankG, Diss. Zürich 1968 (= ZBR Band 296), 80.

<sup>58</sup> MEIER-WEHRLI (FN 57), 80.

<sup>59</sup> FORSTMOSER (FN 5), N 293.

Standards exkulpieren also nicht.<sup>60</sup> Aus der Tatsache, dass die notwendigen Kenntnisse von Unternehmensgrösse und Tätigkeitsfeld abhängen, folgt, dass es keine einheitlichen Standards gibt, sondern das Mass der Sorgfalt von den Umständen des Einzelfalls abhängt.<sup>61</sup> Besondere Fachkenntnisse werden vom Gesetz nicht vorausgesetzt.<sup>62</sup> Vielmehr ist zu verlangen, dass der Verwaltungsrat diejenigen Mindestkenntnisse besitzt, die notwendig sind, um die normalerweise anfallenden Geschäftsvorfälle ohne fremde Hilfe zu bewältigen.<sup>63</sup> Das Verwaltungsratsmitglied ist typischerweise ein Generalist mit Erfahrungen im Wirtschaftsleben.<sup>64</sup> Es muss in der Lage sein, Berichte von beauftragten Fachleuten zu verstehen und zutreffend zu würdigen.<sup>65</sup>

Der objektivierte Sorgfaltsmassstab stellt einen Mindeststandard dar. Verfügt das in Regress genommene Organmitglied über besonderes Fachwissen, das im streitgegenständlichen Fall relevant war, wird man dies haftungsverschärfend berücksichtigen müssen, da man von einer besonders qualifizierten Person auch eine besondere Sorgfalt verlangen kann.<sup>66</sup>

Bei Juristen erweist sich diese Aussage allerdings als zwiespältig. HÜTTE belegt, dass in der Rechtsprechung die Tendenz besteht, als Verwaltungsrat tätige Anwälte strenger in die Haftung zu nehmen, weil ihnen besondere Fachkenntnisse unterstellt werden.<sup>67</sup> Nicht jede Person, die in jungen Jahren

das Anwaltsexamen bestanden hat, wird nach jahrelanger Tätigkeit im Management noch als Fachmann für rechtliche Fragen gelten können. Ein Pauschalurteil, wonach das bestandene Anwaltsexamen eine lebenslange Haftungsverschärfung rechtfertigt, erscheint fraglich. Liegt die juristische Tätigkeit weit zurück, muss man bei den Fachkenntnissen deutliche Abstriche machen.

Der Umfang und die Komplexität der Leitungsaufgabe haben Auswirkungen auf die aufzuwendende Sorgfalt: Zum einen sind an die Sorgfalt umso höhere Anforderungen zu stellen, je umfangreicher und komplexer die Aufgabe ist. Ein Verwaltungsratsmitglied muss in der Lage sein, die Vorgänge im Unternehmen zu überschauen, und sie so einrichten, dass sie sich auch überwachen lassen. Zum anderen ist offensichtlich, dass ein Organmitglied nicht alle Aufgaben höchstpersönlich erfüllen kann. Es muss daher erlaubt sein, innerhalb des Verwaltungsrats eine Aufgabenteilung oder Delegation vorzunehmen und innerhalb der gesetzlichen Grenzen Aufgaben an eine Geschäftsleitung zu delegieren oder Mitarbeiter damit zu beauftragen.

## 2. Recht und Pflicht zur Beiziehung von externen Experten

Wenn man – wie soeben dargelegt – davon ausgeht, dass der Verwaltungsrat nicht aus Spezialisten bestehen muss,<sup>68</sup> sondern dass zum Management befähigte Generalisten ausreichen,<sup>69</sup> stellt sich die Frage, ob ein Manager seine Entscheidungen durch die Beiziehung von Experten vorbereiten kann oder gar muss. Anerkannt ist dies beispielsweise für die Fairness Opinion bei Geschäften, bei denen der Verwaltungsrat befangen ist oder ihm die Sachkenntnisse für die Bewertung fehlen.<sup>70</sup> Gleiches gilt für den Fall, dass er aufgrund von Altlasten bei einem Betriebsgrundstück ein Bewertungsproblem zu be-

<sup>60</sup> BGE 93 II 22 E. 3c; BGer SAG 17 (1944/45) 230; BGE 109 V 86 E. 6; BGer ZR 78 (1979) Nr. 134, 309; BSK-GERICKE/WALLER (FN 15), Art. 754 N 32.

<sup>61</sup> FORSTMOSER (FN 5), N 303.

<sup>62</sup> Sieht man von spezialgesetzlich geregelten Branchen, wie Banken, Effektenhändler und Versicherungen, ab.

<sup>63</sup> So ausdrücklich der deutsche BGH, BGHZ 85 (1983), 295 f.

<sup>64</sup> BGer 4C.177/1991 vom 5. November 1991, E. 6 (Ornapress-Entscheid): „Es kann nicht von jedem Verwaltungsrat verlangt werden, dass er in allen Bereichen über Detailkenntnisse verfügt“.

<sup>65</sup> DRUEY JEAN-NICOLAS, Organ und Organisation. Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft, SAG 53 (1981), 77, 86.

<sup>66</sup> BGE 93 II 22 E. 6; BGer ZR 78 (1979) Nr. 134, 309 f.; BGer 4C.201/2001 vom 19. Juni 2002, E. 2.2.1; FORSTMOSER (FN 5), N 306.

<sup>67</sup> HÜTTE KLAUS, Die Sorgfaltspflichten der Verwaltung und Geschäftsleitung im Lichte der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Versuch einer Analyse der schwei-

zerischen Rechtsprechung, ZGR 15 (1986), 1, 22 f.; kritisch zu dieser Tendenz FORSTMOSER (FN 5), N 306 FN 570.

<sup>68</sup> Wenn man von aufsichtsrechtlichen Vorgaben einmal absieht, wie sie für Banken, Effektenhändler und Versicherungen gelten.

<sup>69</sup> S. oben, III.1. Man wird bei der Geschäftsleitung höhere Anforderungen an die Spezialisierung stellen müssen.

<sup>70</sup> BÖCKLI (FN 5), § 13 N 567a.



wältigen hat und daher einen entsprechend qualifizierten Revisor benötigt.<sup>71</sup> Sowohl die Rechtsprechung als auch die Lehre sehen den Verwaltungsrat in derartigen Situationen als verpflichtet an, einen Spezialisten beizuziehen.<sup>72</sup> Zur Beurteilung der Frage, ob ein interner oder besser ein externer Experte beauftragt wird, und im Hinblick auf die Auswahl der konkreten Person kommt die Business Judgement Rule zur Anwendung.<sup>73</sup>

Der im Schrifttum gegen diese Ansicht teilweise erhobene Einwand, die Schweigepflicht verbiete dies,<sup>74</sup> überzeugt nicht, da die Sorgfaltspflicht der Schweigepflicht vorgeht und zudem die beigezogenen Experten zur Verschwiegenheit verpflichtet werden können, wenn sie es nicht ohnehin schon aufgrund ihrer beruflichen Stellung sind.

### 3. Rechtsfolgen der Beiziehung eines Experten

Streitig ist, welche Rechtsfolgen die Beiziehung eines Experten hat, d.h. ob der Verwaltungsrat für eventuelle Fehler des Experten einstehen muss oder anders gewendet, ob das Hinzuziehen eines Experten den Verwaltungsrat im

<sup>71</sup> Beispiel nach BERTSCHINGER URS, Arbeitsteilung im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, AJP/PJA 1998, 1286, 1291.

<sup>72</sup> Vgl. BGE 93 II 26 f.; BGE 97 II 413; BGE 114 V 224; BGer 4C.177/1991 vom 5. November 1991, E. 6 (Ornapress-Entscheid); BGer 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007, E. 5.2.1; BÖCKLI (FN 5), § 13 N 567a; BSK-WATTER/ROTH PELLANDA (FN 35), Art. 717 N 9; FORSTMOSER (FN 5), N 305, 831, 900, 1154; ZK-HOMBURGER (FN 35), Art. 717 OR N 818; KRNETA GEORG, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. Aufl., Bern 2005, N 1829; STAUB LEO, Überlegungen zur Erfassung und Steuerung rechtlicher Risiken im Unternehmen (aus Schweizer Sicht), CCZ 2009, 121 ff., 124.

<sup>73</sup> BINDER JENS-HINRICH, Geschäftsleiterhaftung und fachkundiger Rat, AG 2008, 274, 284; FLEISCHER HOLGER, Vertrauen von Geschäftsleitern und Aufsichtsratsmitgliedern auf Informationen Dritter, ZIP 2009, 1397, 1403.

<sup>74</sup> Bedenken gegen das Hinzuziehen von Fachleuten durch die Kontrollstelle äusserte HUNZIKER ARTHUR, Pflichterfüllung und Pflichtverletzung der Kontrollstelle, in: Rechtsgrundlagen und Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers (Zürich 1980 = Schriftenreihe der Schweiz. Treuhand- und Revisionskammer 45), 23, 37, der meinte, dies dürfe „keinesfalls ohne ausdrückliche Zustimmung der Verwaltung erfolgen“, weil darin eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht liegen könne; zu Recht a.A. FORSTMOSER (FN 5), N 305 mit weiteren Nachweisen zur herrschenden Gegenansicht.

Verantwortlichkeitsprozess entlastet. Die ältere Rechtsprechung lehnte dies ohne nähere Begründung kategorisch ab.<sup>75</sup> Nach einem Teil des Schrifttums muss der Verwaltungsrat für die Arbeit des Spezialisten einstehen.<sup>76</sup> Eine konkrete Zurechnungsnorm oder nähere Begründung wird dabei allerdings nicht genannt. Eine solche ist auch nicht ersichtlich. Insbesondere scheidet, da der Verwaltungsrat den Spezialisten im Namen der Gesellschaft beauftragt und der Experte daher keine Verbindlichkeit des Organmitglieds, sondern eine eigene Pflicht gegenüber der Gesellschaft erfüllt, eine Zurechnung nach Art. 101 Abs. 1 OR aus.<sup>77</sup> Auch ist der Experte kein Substitut i.S.v. Art. 399 Abs. 2 OR.<sup>78</sup> Der pauschale Hinweis, die Beiziehung des Experten lasse die grundsätzliche Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats nicht entfal-

<sup>75</sup> BGE 99 II 181 (Artella-Entscheid): „Dass er sich auf Fachkundige verlassen haben will, mindert sein Verschulden nicht.“ Ähnlich auch die Vorinstanz in ZR 72 (1973) Nr. 58, 146, die von der Zeugeneinvernahme dieser Fachleute absah, weil der Verwaltungsrat „grundsätzlich haftbar“ sei, „wie auch immer die Auskünfte der Vertrauensleute [...] gelautet haben mögen“. Kritisch dazu FORSTMOSER (FN 5), N 305, 1194; VON GREYERZ (FN 5), 169 f. Im Ergebnis ablehnend auch noch BGE 114 V 224. Dieser Entscheid bezieht sich allerdings auf die strenge Haftung für Sozialversicherungsbeiträge; zudem erscheint es fraglich, ob der Entscheid auf die hier zu lösende Frage der Beiziehung von externen Experten übertragbar ist, denn er spricht nur pauschal von „Hilfspersonen“, womit auch nur unternehmensinterne Personen gemeint sein könnten. Soweit ersichtlich anerkennt das BGer 4C.177/1991 vom 5. November 1991, E. 6 (Ornapress-Entscheid) erstmals die Möglichkeit einer exkulpierenden Wirkung der Beiziehung von Experten.

<sup>76</sup> Vgl. BINDER ANDREAS, Die Verfassung der Aktiengesellschaft, Diss. Basel, Grösch 1988, 184 FN 182; MÜLLER THOMAS, Die Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – Fortschritt oder Systembruch, in: VON BÜREN (Hrsg.), Festschrift für Rolf Bär, Bern 1998, 294; EGGMANN IRENE C., Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Revisionsstelle bei der Abschlussprüfung, Diss. Zürich 1996 (= SSHW Band 176), 33. EGGMANN kommt zu diesem Ergebnis, weil sie allein die Frage stellt, ob die beigezogene Person zum faktischen Organ der Gesellschaft wird, was sie zu Recht verneint (ebenso der Entscheid BGE 117 II 573, auf den sie sich beruft, der sich aber auf beigezogene Mitarbeiter der Gesellschaft und nicht auf externe Experten bezog). Die Frage, ob die Beiziehung des Experten den Verwaltungsrat entlastet, spricht sie nicht an.

<sup>77</sup> So aber HÜTTE (FN 67), 25, und im Ergebnis auch VOLLMAR JÜRIG, Grenzen der Übertragung von gesetzlichen Befugnissen des Verwaltungsrates an Ausschüsse, Delegierte und Direktoren, Diss. Bern 1986, 123.

<sup>78</sup> DRUEY JEAN NICOLAS, Organ und Organisation, zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft, SAG 53 (1981), 86; FORSTMOSER (FN 5), N 329.

len, hilft nicht weiter, denn mit dieser Argumentation führt man eine Kausalhaftung ein. Wenn man anerkennt, dass auch Generalisten zu Verwaltungsräten bestellt werden können, muss man sie als berechtigt, aber auch verpflichtet ansehen, immer dann, wenn sie an die Grenzen ihres Fachwissens stossen, Rat einzuholen. Der Verwaltungsrat handelt gerade besonders sorgfältig, wenn er in solchen Situationen kompetente Hilfe bei besonders sachkundigen Mitgliedern des Verwaltungsrats oder externen Experten sucht. Ist dieser Rat dann fehlerhaft, darf man dies dem Verwaltungsrat nur zurechnen, wenn er *selbst* eine Pflichtverletzung begangen hat (dazu sogleich).<sup>79</sup> Die gegenteilige Ansicht fordert letztlich den allwissenden Verwaltungsrat.<sup>80</sup>

Für die Ansicht, dass der Beiziehung eines Experten eine haftungsreduzierende Wirkung zukommt, sprechen gewichtige Argumente. Es liegt im Unternehmensinteresse, wenn der Verwaltungsrat möglichst kompetente Entscheide fällt. Gewährt man einem Verwaltungsrat, der an die Grenzen seines Know Hows stösst, eine Haftungsbeefreiung, wenn er externen Rat einholt, erhöht man den Anreiz zur Beiziehung von Experten und damit zu einer umfassenden Vorbereitung von Entscheiden, in denen der Verwaltungsrat nicht oder nicht ganz so sattelfest ist.<sup>81</sup> Man beugt einer Unterversorgung an

Expertise vor.<sup>82</sup> Auch trägt man dem Umstand Rechnung, dass das Wirtschaftsleben und damit die Leitung von Unternehmen durch eine zunehmende Komplexität gekennzeichnet sind, so dass Verwaltungsratsmitglieder heute mehr als früher auf eine Arbeitsteilung angewiesen sind. Eine solche Arbeitsteilung mit Fachleuten innerhalb und ausserhalb der Unternehmung funktioniert aber nur, wenn dies mit einer Haftungsreduktion verbunden ist.<sup>83</sup> Der schweizerische Gesetzgeber hat dies erkannt, wie etwa die Regelung des Art. 716a Abs. 2, 716b OR für die Aufgabenteilung *innerhalb des Organs* Verwaltungsrat oder die Delegation von Aufgaben an ein *anderes Organ* zeigt.<sup>84</sup> Zudem hat er mit Art. 754 Abs. 2 OR eine Regelung für die unternehmensinterne Delegation an ein *anderes Organ* geschaffen. Die Vorschrift wird über ihren Wortlaut hinaus auch angewendet, wenn eine Delegation *innerhalb des Verwaltungsrats* an einzelne Mitglieder oder einen Ausschuss erfolgt.<sup>85</sup> Zudem wird die Norm angewandt, wenn eine organtypische Aufgabenzuweisung an Nichtorgane erfolgt.<sup>86</sup>

Der eingangs genannte Entscheid in Sachen Lorze AG ./ Reishauer Beteiligungen AG<sup>87</sup> zeigt nun, dass offenbar nicht jede Expertenmeinung hilft. Das Bundesgericht stellte im Zusammenhang mit der Frage, ob Verwaltungsräte für den Schaden haften, den das Führen eines (letztlich als rechtsmissbräuchlich eingeordneten) Prozesses der Gesellschaft verursacht, fest:

„Entscheidend ist ohnehin nicht allein die Frage, ob die Beschwerdeführer im Vorfeld des Prozesses vor dem Handelsgericht bzw. der Ergründung von Rechtsmitteln gegen das handelsgerichtliche Urteil hinreichende Abklärungen zu den Erfolgchancen tätigten und sich für ihr Vorgehen auf Fachmeinungen oder eine Minderheitsmeinung eines

<sup>79</sup> Zu Spezialkenntnissen anderer Verwaltungsratsmitglieder BGer 4C.177/1991 vom 5. November 1991, E. 6 (Ornapress-Entscheid); BERTSCHINGER (FN 15), N 239 f.; KRNETA (FN 72), N 2137. Zur Beiziehung externer Experten: BGer 4C.177/1991 vom 5. November 1991, E. 6 (Ornapress-Entscheid); BGE 129 III 74 = Pra 92 (2003), Nr. 70 E. 2.7 (Beiziehung von Anwälten); BERTSCHINGER URS, Arbeitsteilung im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, AJP/PJA 7 (1998), 1291 f.; DERS., Die Klagen gemäss Fusionsgesetz – ein Überblick, AJP/PJA 13 (2004), 839, 846; BÖCKLI (FN 5), § 18 N 403b; DRUEY, AG 53 (1981), 86; FORSTMOSER (FN 5), N 305, 831; ISLER (FN 56), 16 f.; SCHOOP KATHARINA, Die Haftung für die Überbewertung von Sacheinlagen bei der Aktiengesellschaft und bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss. Bern 1980 (= SSHW Band 52), 97; BSK-GERICKE/WALLER (FN 15), Art. 754 N 32.

<sup>80</sup> Zu Recht kritisch daher DRUEY, SAG 53 (1981), 86.

<sup>81</sup> So auch die rechtsvergleichende Perspektive, vgl. zu den USA: BALOTTI FRANCKLIN R./SHANER MEGAN W., Safe Harbor For Officer Reliance: Comparing The Approaches Of The Model Business Corporation Act And Delaware's General Corporation Law, 74 Law & Contemp. Probs. 161, 170 (2011); zu Deutschland: FLEISCHER HOLGER, Expertenrat und Organhaftung, Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht (KSzW) 2013, 3, 6.

<sup>82</sup> Ähnlich FLEISCHER, KSzW 2013, 6 („Unterinvestition in Expertenrat“).

<sup>83</sup> FLEISCHER, KSzW 2013, 6.

<sup>84</sup> Umfassend dazu statt vieler BÖCKLI (FN 5), § 13 N 405 ff., 531 ff.

<sup>85</sup> BÖCKLI PETER, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für den Verwaltungsrat, SZW 65 (1993), 261, 266 f.; BÖCKLI (FN 5), § 18 N 129; FORSTMOSER (FN 5), N 327a. Dabei besteht allerdings keine generelle Einigkeit hinsichtlich der Reichweite der Haftungsbeefreiung bei Ausschüssen i.S.d. Art. 716a Abs. 2 OR, vgl. BSK-WATTER/ROTH PELLANDA (FN 35), Art. 716a N 37.

<sup>86</sup> BÖCKLI (FN 5), § 18 N 132a; BSK-GERICKE/WALLER (FN 15), Art. 754 N 41.

<sup>87</sup> S. oben, FN 7.

Handelsrichters stützen konnten. Unter dem Blickwinkel der Treuepflicht nach Art. 717 OR ist ausschlaggebend, ob die Prozessführung im Gesellschaftsinteresse lag oder nicht.“<sup>88</sup>

Im Folgenden soll daher näher darauf eingegangen werden, unter welchen Voraussetzungen die Beiziehung eines externen Experten die Haftung des Verwaltungsrats entfallen lässt.

#### 4. Voraussetzung für eine Exkulpation

##### a) Meinungsstand

Das Bundesgericht hat in dem erwähnten Entscheid aus dem Jahre 1991 nicht näher ausgeführt, wann man sich auf den Rat eines sachkundigen Dritten verlassen darf, da der Experte im damaligen Fall offenbar kompetent war und zutreffende Auskunft gab. Auch der Reishauer-Entscheid präzisiert die Voraussetzungen nicht, da es nach Ansicht des Bundesgerichts auf die Meinung der Gutachter gerade nicht ankam.<sup>89</sup> Das Schrifttum – soweit es dieser Frage nachgeht – verlangt die sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung des Experten, ohne dies allerdings zu konkretisieren.<sup>90</sup>

Die im Schrifttum genannten drei *curae* entstammen der Regelung von Art. 754 Abs. 2 OR für die Delegation von organschaftlichen Pflichten. Da es sich bei der Beauftragung des Experten nicht um eine Delegation an ein Organ und auch nicht um die Delegation einer organtypischen Pflicht handelt, ist diese Norm nicht direkt anwendbar. Angesichts der Vergleichbarkeit der Interessenlage liegt es jedoch nahe, zu prüfen, ob sich die Tatbestandsmerkmale auf die vorliegende Problematik übertragen lassen. Dies soll nachfolgend versucht werden, wobei – anders als es das bisherige Schrifttum tut – auch das Tatbestandselement „befugterweise“ untersucht wird.

<sup>88</sup> BGE 139 III 29 f.

<sup>89</sup> BGE 139 III 29.

<sup>90</sup> BÖCKLI (FN 5), § 18 N 403b, s.a. § 13 N 567a; FORSTMOSER (FN 5), N 328 f.; ISLER (FN 56), 17.

##### b) Befugnis zur Einschaltung des Experten

Art. 754 Abs. 2 OR setzt voraus, dass eine Delegation „befugterweise“ erfolgt. Damit knüpft das Gesetz an die durch Art. 716a und 716b OR vorgegebenen formellen und materiellen Grenzen der Organisationsautonomie des Verwaltungsrats an. Diese Schranke zulässiger Delegation lässt sich auch gedanklich für die vorliegend zu entscheidende Frage fruchtbar machen.

Die Beiziehung eines externen Experten ist nur dort befugt, wo der Verwaltungsrat nicht letztlich seine Kernkompetenzen an Dritte abgibt:

(1) Die Mitglieder des Verwaltungsrats müssen als Generalisten in der Lage sein, die aus ihrer Aufgabe folgenden Entscheide selbst zu fällen. Ein Verwaltungsrat darf daher nicht die Entscheidungskompetenz an einen Berater delegieren. So wie Art. 716a Abs. 2 OR nur die Delegation zur Vorbereitung von Entscheidungen erlaubt, darf ein Organmitglied nicht die höchstpersönlich wahrzunehmende Aufgabe in ihrem Kern an Dritte delegieren. Der Experte darf daher nur in Bezug auf die einen Entscheid vorbereitenden Fachfragen konsultiert werden.

(2) Dies gilt im Übrigen auch für die Bildung der Ausschüsse nach Art. 716a Abs. 2 OR. Externe Experten dürfen nur als Consultants beigezogen werden, keinesfalls aber als Mitglieder.<sup>91</sup>

(3) Übernimmt eine Person einen Sitz im Verwaltungsrat, die nicht ausreichend für ihr Amt qualifiziert ist und sich die notwendigen Fähigkeiten auch nicht innerhalb einer ihr zuzugestehenden Einarbeitungszeit aneignet,<sup>92</sup> darf sie die fehlende Qualifikation nicht durch die ständige Beiziehung eines Beraters ausgleichen. Dann ist nicht nur die Annahme des Mandats pflichtwidrig,<sup>93</sup> sondern auch die Beauftragung des Experten, die unnötige Kosten für die Gesellschaft verursacht.

<sup>91</sup> BÖCKLI (FN 5), § 13 N 408a.

<sup>92</sup> Dazu und generell zur Problematik des sog. Übernahmeverschuldens ISLER PETER R., Das Übernahmeverschulden des Verwaltungsrates, in: WEBER (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zürich 2006, 1, 5 ff.

<sup>93</sup> Ebenso das deutsche Recht, vgl. BGHZ 85, 293, 295 ff. (Hertie-Entscheid): „Dann können die Aufsichtsratsmitglieder ihre Aufgaben nicht durch andere wahrnehmen lassen. Mit diesem Gebot persönlicher und eigenverantwortlicher Amts-

(4) Zu den Kernbereichen der Tätigkeit des Verwaltungsrats gehört die Wahrung des Gesellschaftsinteresses. Man wird daher auch von einem Generalisten in der Position des Verwaltungsrats verlangen müssen, dass er selbst beurteilt, welche Entscheide im Interesse der Gesellschaft sind und welche nicht. Das Bundesgericht hat es im Reishauer-Entscheid abgelehnt, sich mit der Frage der Beurteilung der Erfolgsaussichten des Prozesses auseinanderzusetzen, und meinte, hierauf käme es ebenso wenig an wie auf die eingeholten Expertengutachten, denn bereits das Prozessziel verstosse gegen das Gesellschaftsinteresse. Der Verwaltungsrat habe erkennen müssen, dass sein Vorgehen gegen die Aktionärsminorität nur im Interesse der Aktionärsmehrheit, nicht aber im Interesse der Gesellschaft lag. Diese Aussage kann man so deuten, dass der Verwaltungsrat selbst erkennen muss, wann ein Verstoß gegen das Gesellschaftsinteresse vorliegt. Hieran könnten auch Expertengutachten nichts ändern.

#### c) *Auswahl des Experten*

Der Auswahl des Experten kommt eine entscheidende Bedeutung zu. Je qualifizierter die Person ist, die ausgewählt wurde, desto weniger Aufwand verursachen die Instruktion und die Überwachung. Ist die Person dagegen geringer qualifiziert, muss der Auftraggeber dies durch eine bessere Instruktion und Überwachung ausgleichen.<sup>94</sup>

Der Experte muss fachlich und persönlich, d.h. nach Ausbildung, beruflichen Fähigkeiten und Charakter, für die Aufgabe geeignet sein.<sup>95</sup> Dabei wird man gerade nicht nur auf formale Qualifikationen abstellen dürfen. Vielmehr kommt es darauf an, dass die Person aufgrund ihrer bisherigen Tätigkeit auch in der Lage ist, die konkrete Fachfrage angemessen zu beurteilen. Dies hat zwei Konsequenzen: Es kommt nicht allein darauf an, ob jemand einmal

ausübung ist vorausgesetzt, daß ein Aufsichtsratsmitglied diejenigen Mindestkenntnisse und -fähigkeiten besitzen oder sich aneignen muß, die es braucht, um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können“; zustimmend FLEISCHER, KSzW 2013, 7.

<sup>94</sup> FORSTMOSER PETER, *Alter Wein in neuen Schläuchen?*, ZSR 1992 I, 1, 29, spricht von einer Wechselwirkung der drei curae.

<sup>95</sup> So auch das US-amerikanische Recht, das competence and reliability verlangt, vgl. FLEISCHER, ZIP 2009, 1403.

in der Vergangenheit ein bestimmtes Examen bestanden hat, wenn dieses Wissen aufgrund der nachfolgenden Tätigkeit längst in Vergessenheit geraten ist.<sup>96</sup> So wäre es eine Pflichtverletzung, wenn man ein Rechtsgutachten bei einer Person einholt, die zwar formal die Anwaltsprüfung bestanden hat, seitdem aber nur noch nichtjuristische Tätigkeiten ausgeübt hat. Umgekehrt kann es (eher seltene) Fälle geben, in denen jemand zwar kein Examen hat, sich aber in der Sache so gut auskennt, dass er als sachverständige Person gelten kann. So wird man für die Fairness Opinion zur Beurteilung eines Kunstwerks durchaus auf die Expertise eines erfahrenen Kunstexperten vertrauen dürfen, auch wenn dieser nie studiert hat. Entscheidend ist hier nicht so sehr die Ausbildung, als vielmehr die Qualifikation aufgrund der beruflichen Tätigkeit. Beauftragt man einen Anwalt, ist man nicht gezwungen, eine Person zu suchen, die einen bestimmten Fachanwaltstitel führt. Entscheidend ist, ob die bisherige Tätigkeit eine ausreichende Qualifizierung signalisiert.<sup>97</sup> Vom Verwaltungsrat wird man daher verlangen müssen, dass er sich nach dieser Qualifizierung erkundigt und nur einen in der fraglichen Materie anerkannten Spezialisten heraussucht.<sup>98</sup>

Ein Auswahlverschulden liegt vor, wenn dem Verwaltungsrat bekannt ist oder sein müsste, dass der Experte persönliche oder charakterliche Schwächen aufweist. Solche sind anzunehmen, wenn die Person als käuflich oder gar unseriös (Gefälligkeitsgutachter) gilt, wenn sie relevante Vorstrafen hat<sup>99</sup> oder eine Sucht (Spiel- oder Alkoholsucht etc.) vorliegt. Ungeeignet ist die Person auch dann, wenn eine Unzuverlässigkeit im beruflichen Verhalten vorliegt (Kündigung wegen persönlicher Verfehlungen etc.).

<sup>96</sup> Enger noch FLEISCHER, ZIP 2009, 1403; zutreffend jetzt FLEISCHER, KSzW 2013, 7.

<sup>97</sup> Ebenso das US-amerikanische und deutsche Recht, vgl. § 8.30 (f) (2) Model Business Corporation Act, <<http://users.wfu.edu/palmitar/ICBCorporations-Companion/Conexus/ModelBusinessCorporationAct.pdf>>; FLEISCHER HOLGER, in: KINDLER/KOCH/ULMER/WINTER (Hrsg.), *Festschrift für Uwe Hüffer*, München 2010, 191; FLEISCHER, KSzW 2013, 7 f.

<sup>98</sup> Diese Frage ist in Deutschland streitig, vgl. die Übersicht bei FLEISCHER, *Festschrift für Hüffer* (FN 97), 190.

<sup>99</sup> So BGR SAG 1936/37, 119 f.

Als Auswahlverschulden einordnen muss man auch den Fall, dass der Verwaltungsrat einen Experten auswählt, der (ex ante erkennbar) einem Interessenkonflikt unterliegt.<sup>100</sup> Ein solcher ist etwa gegeben, wenn ein Verwaltungsrat einzelne Tätigkeiten der Geschäftsführung juristisch überprüfen lassen will und damit eine Anwaltskanzlei beauftragt, die ansonsten immer für die Geschäftsführung tätig ist. Die erforderliche Unabhängigkeit dürfte auch fehlen, wenn eine Kanzlei mit der Überprüfung eines Vertrags beauftragt wird, den sie zuvor aufgesetzt hatte und an dessen Inhalt Zweifel laut werden.<sup>101</sup> Nicht beanstandet hat das Bundesgericht, dass sich eine emissionsbegleitende Bank auf die Auskunft der Anwälte der Emittentin verliess.<sup>102</sup> Dem liegt der zutreffende Gedanke zugrunde, dass bei einer Emission die begleitende Bank nicht der Oberaufseher aller an der Emission beteiligten Unternehmen ist. Im internationalen Vergleich heftig diskutiert wird die Frage, ob erfolgsabhängig bezahlte Finanzberater, Investmentgesellschaften und Wirtschaftsprüfer das notwendige Mass an Unabhängigkeit aufweisen. Da Erfolgshonorare nicht generell verboten sind, ist hier eine Einzelfallbetrachtung geboten.<sup>103</sup>

d) *Instruktion des Experten*

Die Qualität einer Expertise hängt ganz entscheidend davon ab, welche Informationen man dem Experten zur Verfügung stellt. Daher muss der Verwaltungsrat dem Experten alle für die zu beurteilende Problematik relevanten Informationen offen legen und die Verhältnisse der Gesellschaft schildern.<sup>104</sup> Unterdrückt der Verwaltungsrat bewusst Informationen oder übersieht er sie fahrlässig, liegt ohne Zweifel ein Instruktionsfehler vor. Schwieriger zu beurteilen ist, ob ein solcher Fehler auch vorliegt, wenn der Verwaltungsrat bestimmte Informationen nicht übermittelt, weil sie ihm bedeutungslos erscheinen, sich diese im Nachhinein aber als wichtig entpuppen.

<sup>100</sup> OGer Zürich, ZR 78 (1979) Nr. 134, 308; FORSTMOSER (FN 5), N 1196.

<sup>101</sup> Zweifelnd aber FLEISCHER, KSzW 2013, 8 m.w.H.

<sup>102</sup> BGer 4C.171/2002 vom 25. September 2002, E. 2.6 = Pra 92 (2003) Nr. 70, 370.

<sup>103</sup> Ebenso FLEISCHER, KSzW 2013, 8 m.w.H.

<sup>104</sup> ISLER (FN 56), 17; ebenso jetzt der deutsche BGH NZG 2011, 1271, sowie FLEISCHER, ZIP 2009, 1403.

Hier ist zu bedenken, dass der Verwaltungsrat den Experten gerade beauftragt, weil er sich in der Materie nicht auskennt, so dass es ihm schon aus diesem Grund schwer fallen wird, die relevanten Informationen vollständig zu erkennen. Daher ist es Aufgabe des Experten, sich durch gezielte Nachfrage ein Gesamtbild zu verschaffen und sich rückzuversichern, dass ihm der zu beurteilende Sachverhalt bekannt ist. Nur wenn der Verwaltungsrat trotz Rückfragen fahrlässig die Übermittlung dieser Information vergass, liegt ein Instruktionsfehler vor.

Die zweite für eine sorgfältige Instruktion des Experten nötige Voraussetzung ist ein Auftrag, der so formuliert sein muss, dass der Expertenrat auch die relevanten Aspekte abdecken wird.<sup>105</sup> Dass das Bundesgericht diesen Gedanken in der Sache teilt, verdeutlichen die Anforderungen, die es im Fall Reishauer anlegte. Das Gericht spricht bei der (letztlich dann nicht entscheidungserheblichen) Frage der Beauftragung der Gutachter das Thema an, ob die Gutachter sich denn auch tatsächlich zum Rechtsmissbrauch geäußert haben, gegen den sich die Verwaltungsräte mit dem Gutachten verteidigen wollten.

„Ebensowenig helfen den Beschwerdeführern die Gutachten von zwei Rechtsprofessoren [...], auf die sie sich bei ihrem Prozessführungsentscheid gestützt haben wollen. Diese Gutachten [...] äusserten sich nicht zur Frage eines Rechtsmissbrauchs. Jedenfalls ist solches im für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhalt der Vorinstanz nicht festgestellt. Einzig das Gutachten vom 10. März 2000 behandelte speziell die Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit der Anrufung der Escape-Klausel. Aber auch diesbezüglich schweigen die angefochtenen Entscheide darüber, ob der Gutachter seine Beurteilung hinsichtlich des hier massgebenden Sachverhalts vornahm.“<sup>106</sup>

Als Verteidigungsmittel kommt also nicht irgendein Gutachten in Betracht, sondern sein Inhalt muss gerade den Vorwurf entkräften, mit dem sich der Verwaltungsrat konfrontiert sieht, was wiederum vom Gutachtauftrag abhängt.

<sup>105</sup> ISLER (FN 56), 17; ebenso der deutsche BGH NZG 2011, 1271 Leitsatz 2.

<sup>106</sup> BGE 139 III 24 E. 3.4.

e) Überwachung des Experten

Soweit sich das Schrifttum zur Exkulpationswirkung der Beiziehung externer Experten äussert, wird nicht näher auf das Ausmass der bei der Überwachung nötigen Massnahmen eingegangen. Der Verwaltungsrat müsse eine sorgfältige Auswertung der Stellungnahme des Experten und die Umsetzung seiner Empfehlungen vornehmen.<sup>107</sup> Das Bundesgericht hat in anderem Zusammenhang verlangt, dass der Verwaltungsrat die ihm unterbreiteten Berichte kritisch liest, nötigenfalls ergänzende Auskünfte verlangt und bei Irrtümern oder Unregelmässigkeiten einschreitet.<sup>108</sup>

Bei der Prüfung, ob der Verwaltungsrat diese Anforderungen erfüllt hat, ist jedoch stets zu bedenken, dass der Verwaltungsrat nicht klüger sein muss als der beauftragte Experte. Daher kann man von ihm nur eine Plausibilitätskontrolle verlangen.<sup>109</sup> Der Verwaltungsrat muss daher die Begründung des Experten nachvollziehen und ihm auffallende Lücken, Unklarheiten oder Widersprüche durch Nachfragen klären.<sup>110</sup>

Dass auch das Bundesgericht eine Plausibilitätsprüfung verlangt, belegt ein Entscheid, bei dem einem Verwaltungsrat ein pflichtwidriger Aktienkauf vorgeworfen und seine Verteidigung hiergegen wie folgt verworfen wurde:

„Wie die Beklagte selber ausführt, war er ein erfahrener Geschäftsmann. Er durfte daher nicht nur die Gewinnmöglichkeit im Auge haben, sondern hätte sich sagen sollen, dass die Spekulation auch fehlschlagen könnte und die Klägerin dadurch mangels jeglicher Risikoverteilung erheblich geschädigt würde. Dass ihm der Erwerb der Moneta-Aktien nachdrücklichst von Schmidig empfohlen worden sein soll, dass dieser angeblich von einem befreundeten Bankfachmann beraten war und dass auch ein Generaldirektor einer schweizerischen

Grossbank sich am Kauf der Moneta-Aktien beteiligte, entschuldigt ihn nicht. Steffan hätte sich sagen sollen, dass diese Umstände an der rein spekulativen Natur des Geschäftes nichts zu ändern vermochten.“<sup>111</sup>

Stellt sich das vom Verwaltungsrat sorgfältig auf Plausibilität überprüfte Gutachten im Nachhinein als falsch heraus, weil andere Fachleute eine abweichende Ansicht vertreten, kann dem Verwaltungsrat, der die hier geschilderten Anforderungen eingehalten hat, keine Pflichtwidrigkeit vorgeworfen werden, wie das Bundesgericht im Reishauer-Entscheid ausdrücklich klargestellt hat:

„Der Verwaltungsrat hat – nötigenfalls unter Beizug eines Rechtsanwalts oder weiterer Fachpersonen – die Prozesschancen sorgfältig abzuklären. Auch hier gilt, dass die Prozessaussichten im Zeitpunkt der Einleitung des Prozesses zu beurteilen sind. Allein aufgrund des späteren Unterliegens im Prozess kann nicht auf eine Unterlassung der sorgfältigen Abwägung der Prozesschancen geschlossen bzw. der Entscheid über die Prozessführung als pflichtwidrig beurteilt werden.“<sup>112</sup>

Man wird nicht verlangen können, dass die Expertise des Gutachters und die Nachfragen des Verwaltungsrats schriftlich erfolgen,<sup>113</sup> doch wird der Verwaltungsrat schon aus Eigeninteresse auf eine sorgfältige Dokumentation von Gutachtauftrag, Gutachten und Nachfragen achten.<sup>114</sup> Handelt es sich um eine komplexe Problematik, muss man dem Gutachter ausreichend Zeit lassen und kann ihn gerade nicht zwischen Tür und Angel befragen.

5. Alibigutachten

Mit der Anerkennung einer haftungsbefreienden Wirkung der Beiziehung von Experten geht natürlich die Gefahr einher, dass der Verwaltungsrat aus Absicherungsgründen des Öfteren Gutachter beauftragt, obwohl dies objek-

<sup>107</sup> ISLER (FN 56), 17.  
<sup>108</sup> BGE 103 V 125; 108 V 203.  
<sup>109</sup> Im Ergebnis bereits OGer Zürich, ZR 78 (1979) Nr. 134, 309; FORSTMOSER (FN 5), N 1154. Ausdrücklich jetzt der deutsche BGH NZG 2007, 545; NZG 2011, 1271.  
<sup>110</sup> BGer 4C.177/1991 vom 5. November 1991, E. 6 (Ornapress-Entscheid – in Bezug auf Berichte, die ihm von der Geschäftsführung unterbreitet werden); ebenso aus Sicht des Strafrechts CAMATHIAS ZIEGLER PETRA, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Mehrheitsentscheidungen von Gremien in Aktiengesellschaften, Diss. Zürich 2004, 191 f.

<sup>111</sup> BGE 99 II 179 f. (Artella-Entscheid); zustimmend FORSTMOSER (FN 5), N 811.  
<sup>112</sup> BGE 139 III 27.  
<sup>113</sup> So aber der deutsche BGH NZG 2011, 1271, 1273 (für nicht einfach gelagerte Fälle).  
<sup>114</sup> BERTSCHINGER (FN 15), N 175. Zur entsprechenden Diskussion in Deutschland FLEISCHER, KSzW 2013, 9 m.w.H.

tiv unnötig ist. Ein solches Vorgehen erfüllt nun seinerseits den Tatbestand der Verantwortlichkeit, da unnötige Kosten produziert wurden. Wo genau jedoch die Grenzziehung zwischen einem notwendigen Gutachten und einem reinen Alibigutachten verläuft, lässt sich nicht abstrakt klären, sondern ist eine Frage des konkreten Einzelfalls.

#### IV. Schluss

Die viel beachtete Anerkennung der Business Judgement Rule durch das Bundesgericht entpuppt sich bei näherem Hinsehen inhaltlich nicht als Meilenstein, da der mit ihr verbundene Prüfungsmaßstab bereits vorher im Schweizer Recht vorhanden war. Die Anerkennung der Business Judgement Rule bedeutet auch nicht, dass man künftig auf eine inhaltliche Überprüfung der Entscheidung verzichtet. Diese wird weiterhin der grobmaschigen Kontrolle der Nachvollziehbarkeit und Vertretbarkeit unterworfen. Das Schlagwort der „Business Judgement Rule“ dient also vor allem dazu, dem Richter in Erinnerung zu rufen, dass er sich in die Lage der Entscheidungsträger versetzen muss und bei unternehmerischen Entscheiden zu beurteilen hat, ob die Entscheidung ex ante vertretbar und nachvollziehbar war.

Die Business Judgement Rule enthält einige Schwächen. Gravierend dürfte die durch sie ausgelöste Tendenz bei Verwaltungsratsmitgliedern sein, Intuition nicht mehr zu berücksichtigen oder intuitiv getroffene Entscheide mit nachgeschobenen Gründen abzusichern. Beides ist nicht im Sinne effektiver Unternehmensführung, doch ist eine Lösung dieses Spannungsverhältnisses zwischen rechtlichen Anforderungen einerseits und Erkenntnissen der Verhaltensforschung andererseits noch offen.

Der im Schrifttum vorgeschlagene Prüfungsaufbau der Business Judgement Rule Schweizer Prägung erweist sich als präzisierungsbedürftig. Durch die weite Auslegung des Begriffs „Geschäftsentscheid“ bedarf es keiner gesonderten Prüfung von Verstößen gegen zwingendes Recht oder die Statuten, da in diesen Fällen des gebundenen Entscheids gerade kein Ermessensspielraum gegeben war und daher auch kein Geschäftsentscheid vorlag. Das Tatbestandsmerkmal des „ordnungsgemässen Verfahrens“ umfasst nicht nur die Beschaffung angemessener Informationen und die Abwägung der Vor- und Nachteile, sondern auch die Freiheit von Interessenkonflikten.

Die Einholung von Expertenrat entfaltet für den Verwaltungsrat eine haftungsbefreiende Wirkung, wenn sie befugterweise erfolgte und der Verwaltungsrat den Experten sorgfältig ausgesucht, instruiert und überwacht hat. Die Rechtsfolge lässt sich auf eine Analogie zu Art. 754 Abs. 2 OR stützen.